

Številka: 018-139/2022-19

Datum: 24. 1. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Aleksandra Petrovčiča, kot predsednika senata, ter dr. Mateje Škabar in Marka Medveda, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Skupno javno naročilo dobave zdravil brez recepta in živil za posebne zdravstvene namene za potrebe 11 javnih zavodov*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Salus, Veletrgovina, d.o.o., Litostrojska cesta 46 A, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Gaberščik, o.p., d.o.o., Dunajska cesta 9, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika in pooblaščenega naročnika Koroška lekarna, Ob Suhi 9, Ravne na Koroškem (v nadaljevanju: naročnik), dne 24. 1. 2023

odločila:

1. Ugotovi se, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila konkludentno ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na:
 - razdelitev zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, na dva sklopa, in
 - pogodbeno kazen in zahtevo glede popusta na predčasna plačila v sklopih z živili za posebne zdravstvene namene, ki so uvrščena v CBZ in imajo dogovorjeno ceno.

V preostalem delu se zahtevki za revizijo zavrne kot neutemeljeni.

2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 622,53 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 31. 10. 2022, pod št. objave JN007400/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 2. 11. 2022, pod št.

objave 2022/S 211-606732. Naročnik izvaja postopek javnega naročanja po odprtem postopku v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun desetih (10) posameznih naročnikov.

Vlagatelj je pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 15. 11. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev celotnega postopka javnega naročanja in povrnitev stroškov postopka pravnega varstva. Vlagatelj zatrjuje, da so določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikovane v nasprotju z določbami Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3).

Dne 25. 11. 2022 je naročnik zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva, Državni revizijski komisiji pa odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila ter dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah.

Naročnik v vlogi z dne 14. 12. 2022 navaja, da je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila.

Po preučitvi navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, ki so navedeni v nadaljevanju.

Vlagatelj je vložil zahtevek za revizijo zoper posamezne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Pred vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo, ki ga je razdelil na sklope, oddaja po odprtem postopku z namenom sklenitve okvirnega sporazuma z enim gospodarskim subjektom za obdobje 4 let. Predmet javnega naročila je sukcesivna dobava treh vrst blaga:

- zdravil brez recepta, katerih cena je določena v Centralni bazi zdravil (v nadaljevanju: CBZ),
- zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ in ki se prodajajo le v lekarnah in
- živil za posebne zdravstvene namene, ki so uvrščena v CBZ in imajo dogovorjeno ceno.

Naročnik je predmet javnega naročila razdelil na 55 sklopov, in sicer je za vsakega posameznega naročnika oblikovanih 5 sklopov:

- dva sklopa za zdravila brez recepta, katerih cena je določena v CBZ (sklopi z oznako PV), pri čemer se sklopa razlikujeta le po količini zdravil,
- en sklop za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ (sklopi z oznako NO), in
- dva sklopa za živila za posebne zdravstvene namene na recept, katerih cena je določena v CBZ, ki so količinsko razdeljena na dva sklopa (sklopi z oznako Ž), pri čemer se sklopa razlikujeta le po količini živil.

Naročnik je po prejemu zahtevka za revizijo večkrat spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, med drugim tudi na način, da je zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, količinsko razdelil na dva sklopa. Po spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila sta tako za vsakega posameznega naročnika za vsako posamezno vrsto blaga (zdravil brez recepta, katerih cena je določena v CBZ, zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, in živil za posebne zdravstvene namene, ki so uvrščena v CBZ in imajo dogovorjeno ceno) oblikovana dva sklopa. Predmet javnega naročila je tako razdeljen na 66 sklopov (vsak posamezni naročnik ima oblikovanih 6 sklopov).

1. Glede omejitve izbora enega ponudnika v obeh sklopih na ravni posameznega naročnika

Vlagatelj navaja, da je naročnik določil pravilo, da je lahko ponudnik na ravni posameznega zavoda in na ravni posamezne vrste blaga izbran samo v enem sklopu. Če bi naročnik oddal sklop 1 (na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga), medtem ko bi za sklop 2 ponovil postopek javnega naročanja, to ne bi predstavljalo zakonitega poslovanja in ne bi omogočalo izvršitev dobav v predvidenem deležu. Ni jasno, kako bo naročnik izvršil dobave v času do izbora ponudnika za sklop 2, ali bo naročnik pri izbranem ponudniku v sklopu 1 naročal vse potrebne dobave in kako se bo določal delež dobav, če se ne bo časovno skladala veljavnost okvirnih sporazumov. To pomeni, da »sklop«, kot ga je oblikoval naročnik, dejansko ni sklop, ki bi bil samostojen in neodvisen od drugega sklopa. Če naročnik želi slediti pogodbenim obveznostim, merilu za oddajo javnega naročila in razmejevanju med sklopoma, v primeru neoddaje sklopa 2 oz. 1, ne bo mogel oddati javnega naročila za sklop 1 oz. 2. To dodatno potrjuje, da je naročnik nezakonito in preko meja ZJN-3 oblikoval predmet javnega naročila.

Naročnik pojasnjuje, da je pri oblikovanju pravila, da je lahko ponudnik na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga, izbran samo v enem sklopu, zasledoval cilj stalne in zanesljive dobave zdravil oz. živil, zmanjšanje odvisnosti od izključno enega dobavitelja in razširitev konkurence med ponudniki. Revizijski očitki, kaj bi bilo, če bi naročnik oddal naročilo za vse sklope 1 in ponovil naročilo za sklope 2, se ne nanašajo na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ampak se nanašajo na hipotetične primere, posledično pa vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije, saj ni izkazal možnosti nastanka škode.

Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022 navaja, da očitkov glede delitve na sklope ni podal, kljub temu pa dodaja, da naročnik s prepovedjo izbora v sklopu 2, v primeru izbora v sklopu 1, postavlja ponudnika v sklopu 2, ki je oddal manj ugodno ponudbo, v favoriziran položaj.

Čeprav iz zahtevka za revizijo v tem delu ni razvidno, da bi vlagatelj kot nezakonito izpostavljaj določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, da je lahko posameznemu ponudniku oddan samo en sklop na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da (kot je to pojasnila že v odločitvah, št. 018-096/2021-21, 018-096/2021-22 in 018-069/2022-10) podlago za omejitev števila sklopov, ki bodo oddani enemu ponudniku, predstavlja tretji odstavek 73. člena ZJN-3. V zvezi z navedbami vlagatelja v vlogi z dne 30. 11. 2022, da način vodenja ne omogoča izbora ekonomsko najugodnejšega ponudnika, gre pojasniti (kot je to pojasnila Državna revizijska komisija že v zadevi 018-096/2021-22), da v zakonu predvidena možnost naročnika za omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku, implicitno vsebuje posledico, da ponudniku, ne glede na ekonomsko ugodnost njegove ponudbe, ne more biti oddano večje število sklopov, kot ga je določil naročnik. Povedano drugače, možnost, da vsi sklopi ne bodo oddani ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, je (zgolj) posledica zakonsko predvidene možnosti omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku. Upošteva se navedeno gre tako ugotoviti, da je očitno že zakonodajalec pretehtal, da je naročnik (v določenih primerih) upravičen, da posameznega sklopa ne odda ponudniku z dopustno in ekonomsko najugodnejšo ponudbo, pač pa odda ta sklop ponudniku, čigar (dopustna) ponudba ni ekonomsko najugodnejša.

Glede revizijskih navedb, da naročnik ni določil pravil za primer neoddaje sklopa 2 na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da ponudnik z zahtevkom za revizijo, vloženim v skladu s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN (ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda), ščiti svoj pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila. Kršitev oz. kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v

zahtevku za revizijo, morajo torej imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila.

Iz navedb vlagatelja ni mogoče razbrati, zakaj bi umanjkanje pravil za primer neoddaje sklopa 2 na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga lahko vplivalo na pravni položaj vlagatelja v tem postopku oddaje javnega naročila na način, da bi mu bilo onemogočeno oz. oteženo sodelovanje v postopku in pridobitev predmetnega javnega naročila v izvedbo. Podatek, na kakšen način bo naročnik nadaljeval s postopkom javnega naročanja, če v tem postopku ne bo oddal sklopa 2 na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga, ni podatek, ki bil potreben za pripravo ponudbe. Tudi iz revizijskih navedb ni mogoče razbrati, zakaj bi za pripravo dopustne in konkurenčne ponudbe potreboval vnaprej določena pravila za primer neoddaje sklopa 2 na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga. Ker ni mogoče ugotoviti, da bi zaradi umanjkanja teh pravil lahko vlagatelju nastala pravno relevantna škoda v smislu prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, Državna revizijska komisija navedb vlagatelja, usmerjenih v zatrjevanje, da bi moral naročnik določiti pravila za primer neoddaje sklopa 2 na ravni posameznega zavoda / naročnika in na ravni posamezne vrste blaga, upošteva 14. člen ZPVPJN, vsebinsko ni obravnavala.

2. Glede merila »ugodnost na obseg poslovanja« in izvajanja okvirnega sporazuma

Vlagatelj navaja, da je za dobavitelja ključno ohranjanje razmerja dobav količin istega zdravila na ravni posameznega naročnika. Ponudnik lahko le v tem primeru ponudi popust na izvršen obseg poslovanja, v nasprotnem primeru merilo ni povezano s predmetom javnega naročila. Ponudniki lahko oblikujejo popust le, če je obseg dobav zagotovljen, zato bi moral naročnik določiti vsaj minimalne količine zdravil, ki jih bo naročal. Naročnik je lahko upravičen do popusta na obseg dobav le, ko je delež dobav takšen, kot je bil vnaprej določen.

Vlagatelj nadalje tudi navaja, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila nejasna v delu, ki se nanaša na izvajanje okvirnega sporazuma. Naročnik je dolžan določiti jasen in preverljiv protokol dobav, saj če se poruši vnaprej predvideno razmerje, se v ugodnejši položaj postavlja ponudnika, ki je oddal manj ugodno ponudbo. Naročnik je lahko upravičen do popusta na obseg ugodnosti le, ko dejanski delež dobave doseže delež dobave, ki ga je določil. Predvideni protokol dobav in kontrol ne omogoča, da bi bila v obračunskem obdobju nabava naročnikov sorazmerna na vrsto in količino zdravil ter skladna s predvidenimi deleži. Naročnik bo z zelo majhno verjetnostjo »ujel« predvidene deleže, pri tem pa naročnik ni pojasnil, kako bo odstopanja v deležih popravil, kaj pomeni »dobava« in kaj »naročanje blaga po vrstah in količinah«. Naročnik za četrto leto niti ne bo preverjal ohranjanja razmerja med sklopoma.

Naročnik na drugi strani navedbe vlagatelja zavrača kot neutemeljene.

Kot že pojasnjeno, po spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je vsak posamezni naročnik vsako posamezno vrsto blaga (zdravila brez recepta, katerih cena je določena v CBZ, zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, in živila za posebne zdravstvene namene na recept) količinsko razdelil na dva sklopa. Razmerje med obema sklopoma (za posamezno vrsto blaga) je pri nekaterih posameznih naročnikih 60:40, pri nekaterih 70:30, pri nekaterih naročnikih pa 80:20.

Iz (spremenjene) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da je v okviru merila za oddajo javnega naročila v vseh sklopih relevantno tudi merilo »Ugodnost na obseg poslovanja«, ki se določi v odstotkih (%) za cel sklop glede na predvideno vrednost dobav zdravil oz. živil v posameznem sklopu v obdobju enega leta (glej točko B.04 Navodil ponudnikom za izdelavo ponudb). Naročnik je v 7. členu vzorca okvirnega sporazuma predvidel, da bo dobavitelj vsakih

šest mesecev ugotovil izvršeno vrednost dobav, in bo naročniku izdal dobropis za vrednost ugodnosti na obseg poslovanja v tem obdobju. Naročnik je tudi izrecno pojasnil, da četudi dejanska vrednost dobav ne bo dosegla predvidene vrednosti dobav, se višina vrednosti odstotka ugodnosti na obseg poslovanja, dana v ponudbi, ne spremeni.

Glede revizijskih navedb, da bi naročnik moral določiti minimalne količine zdravil, ki jih bo naročal, gre ponoviti, da naročnik izvaja predmetni postopek oddaje javnega naročila z namenom sklenitve okvirnega sporazuma, ki je tehnika naročanja, ki je glede na 48. člen ZJN-3 namenjen prav naročilom, kjer gre za istovrstne sklope blaga, ki ga naročnik stalno potrebuje oz. ga potrebuje v daljšem časovnem obdobju, zaradi česar ne more natančno vnaprej opredeliti količine blaga oz. artiklov, ki jih bo naročal. Kot je to pojasnila Državna revizijska komisija že v zadevah, št. 018-149/2019-21, 018-096/2021-90, 018-096/2021-91, 018-061/2022-12 in 018-069/2022-10, je za zdravila mogoče ugotoviti, da se ne proizvajajo v skladu s specifičnimi potrebami posameznih naročnikov, temveč so že prisotna na trgu in jih proizvajajo različni proizvajalci zdravil za potrebe širšega, vnaprej nedoločenega kroga potencialnih kupcev. Pri izdaji zdravil je praktično nemogoče natančno določiti količine, ki jih bodo posamezni javni lekarniški zavodi v določenem daljšem časovnem obdobju dejansko potrebovali za izvajanje lekarniških dejavnosti. Naročnik lahko na podlagi preteklih nabav relativno natančno oceni, koliko in katera zdravila bodo posamezni javni lekarniški zavodi potrebovali v določenem časovnem obdobju. Vendar je ob tem treba upoštevati, da sprotne potrebe porabnikov zdravil že po naravi stvari nihajo in da dejanske potrebe javnih lekarniških zavodov niso nujno enake tistim količinam blaga, ki so jim bile dobavljene v preteklem letu. Ker torej v obravnavanem primeru naročnik ne more vnaprej natančno določiti niti vrste zdravil niti količin zdravil, ki jih bo tekom veljavnosti okvirnega sporazuma potreboval, naročniku ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3, ko je v točki A.01 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izrecno navedel, da bo naročal blago glede na dejanske potrebe in se z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ni zavezal k dobavi zdravil oz. živil v ocenjeni vrednosti (ali v minimalni vrednosti).

Čeprav se torej naročnik ne zavezuje k nakupu določenih količin zdravil, pa navedeno ponudnikom ne onemogoča oblikovanja ugodnosti na obseg poslovanja oz. konkuriranja v okviru merila. Naročnik je namreč v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predstavil obsege posameznih sklopov in v ta namen pripravil Prilogi 5 – Popis zdravil in živil, v kateri je naročnik za vsak sklop pripravil popis zdravil oz. živil, ki so jih naročili posamezni javni lekarniški zavodi, vključno s količino zdravil, ter Prilogo 1 – Seznam in vrednosti sklopov, v kateri je navedel ocenjeno vrednost vsakega posameznega sklopa. Z navedenim je gospodarskim subjektom zagotovil informacije, relevantne za oblikovanje stopnje ugodnosti na obseg poslovanja. Če bi se sledilo smiselnim navedbam vlagatelja, da oblikovanje stopnje ugodnosti na obseg poslovanja brez zagotovljenega določenega obsega dobav (kar je tipična značilnost okvirnih sporazumov) ni mogoče, bi bilo naročnikom onemogočeno sklepanje okvirnih sporazumov (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-89). Oblikovanje popusta oz. ugodnosti je namreč primerljivo z oblikovanjem ponudbene cene, v prvem primeru ponudniki določijo stopnjo ponujenega popusta – za koliko odstotkov bodo znižali referenčno ceno oz. za koliko odstotkov dejansko dobavljene vrednosti zdravil bodo naročniku izstavili dobropis, v drugem primeru pa ponudniki navedejo ponudbeno ceno v nominalnem znesku; v vsakem primeru pa lahko vlagatelj pogodbena tveganja vračuna v ponudbeno ceno.

Zavrnuti gre navedbe vlagatelja, da merilo ugodnost na obseg poslovanja ni več povezano s predmetom javnega naročila, če dejanska vrednost dobav ne doseže določene (predvidene) vrednosti in količine dobav. Nobenega dvoma ne more biti, da je merilo ugodnost na obseg poslovanja povezana s predmetom javnega naročila, saj se (posredno) nanaša na vrednost dobavljenih zdravil oz. živil, prav tako pa je podana sorazmernost s cilji naročila – pridobitev predmeta javnega naročila po čim nižji ceni oz. z vsaj zahtevano stopnjo ugodnosti (prim.

odločitve št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-90, 018-096/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022). Navedenega pa ne spreminja dejstvo, da bo dobavitelj naročniku izstavil dobropis v višini vrednosti ugodnosti na obseg poslovanja, ki se obračuna od zneska dejanske (izvršene) vrednosti dobav, četudi dejanska (izvršena) vrednost dobav ne bo dosegla predvidene oz. ocenjene vrednosti. Kljub navedenemu je namreč merilo »*ugodnost na obseg poslovanja*« povezano s predmetom javnega naročila, saj se nanaša na vrednost dobavljenih zdravil/živil oz. na višino dobropisa.

Določbe, s katerimi je naročnik predvidel, da je ponujena ugodnost na obseg poslovanja fiksna celotno trajanje izvajanja okvirnega sporazuma in da se višina vrednosti odstotka ugodnosti na obseg poslovanja ne spremeni, četudi dejanska vrednost dobav ne doseže predvidene vrednosti dobav, niso oblikovane v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja, saj so oblikovane na jasn, natančen in nedvoumen način. Prav tako niso oblikovane v nasprotju z načelom enakopravne obravnave ponudnikov, saj učinkuje za vse gospodarske subjekte enako in se naročnik do nobenega gospodarskega subjekta ni zavezal drugače. V določbah ZJN-3 pa ni najti podlage za vlagateljovo zavzemanje, da bi bil naročnik upravičen do vrednosti ugodnosti na obseg poslovanja (oz. do izstavitve dobropisa v tej vrednosti) šele, ko dejanska vrednost dobav doseže določene (predvidene) vrednosti in količine dobav. Pri tem gre poudariti, da je oblikovanje ugodnosti na obseg poslovanja primerljivo z oblikovanjem ponudbene cene, vlagatelj pa ima, kot samostojen subjekt na trgu, možnost, da v ponudbeno ceno oz. ugodnost na obseg dobav vključi vsa tveganja, tudi tista, vezana na nižjo dejansko vrednost dobav od predvidene vrednosti, in s takšno ceno oz. ugodnostjo konkurira z drugimi ponudniki na javnem naročilu.

V zvezi z vlagateljevim zavzemanjem, da bi bil naročnik upravičen do vrednosti ugodnosti na obseg poslovanja šele, če in ko bi bil dejanski delež dobav enak določenemu deležu dobav (60/40, 70/30, 80/20) in navedbami, da ponudnik, upošteva, da se dobropis izstavi vsakih 6 mesecev, naročnik pa le enkrat na leto preverja ohranjanje tega razmerja, kreditira naročnika, gre še dodati, da ponudniki ne oblikujejo višine ponujene ugodnosti na obseg poslovanja glede na razmerje, temveč glede na predvideno oz. ocenjeno vrednost posameznega sklopa. Res je sicer razmerje med predvideno in ocenjeno vrednostjo posameznih sklopov (na ravni posameznega javnega naročnika in na ravni posamezne vrste blaga) 60:40, 70:30 oz. 80:20, vendar ponudniki pri pripravi ponudbe za posamezen sklop upoštevajo Prilogo 5 – Popis zdravil in živil za relevantni sklop, in ne količine zdravil oz. vrednosti zdravil v drugem sklopu. Pri tem gre ponoviti, da naročnik sklepa okvirne sporazume in da ne more natančno določiti niti vrste zdravil niti količin zdravil, ki jih bo tekom veljavnosti okvirnega sporazuma potreboval, zato ohranjanje predvidenega razmerja med sklopoma ne izključuje možnosti, da dejanska (izvršena) vrednost dobav ne bo dosegla predvidene oz. ocenjene vrednosti. Tudi sicer pa iz vlagateljevih navedb, vezanih na nujnost ohranjanja predvidenega razmerja med sklopoma, izhaja njegova bojazen, da bi drugi izbrani ponudnik za sklop 1 oz. 2 na ravni posameznega javnega naročnika in na ravni posamezne vrste blaga, če bo vlagatelju oddan sklop 2 oz. 1, dobavil več, kot je to predvideno glede na Prilogo 5 – Popis zdravil in živil in predvidena razmerja med sklopoma na ravni posameznega javnega naročnika in na ravni posamezne vrste blaga.

V zvezi z navedbami, da naročnik ni določil jasnega in preverljivega protokola dobav, gre najprej pojasniti, da je naročnik, upošteva, da je predmet javnega naročila na ravni vsakega posameznega javnega naročnika in na ravni posamezne vrste blaga razdeljen količinsko, in upošteva naročnikovo omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, posledično pa bo imel vsak posamezni javni zavod / naročnik za ista zdravila oz. živila sklenjena dva okvirna sporazuma z različnima gospodarskima subjektoma, dolžan jasno in natančno opredeliti pravila, na kakšen način se bodo v času trajanja okvirnih sporazumov oddajala posamezna naročila oz. objektivne pogoje za izbiro gospodarskega subjekta, podpisnika

okvirnega sporazuma (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah, št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-92 in 018-069/2022-10).

Pregled dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila potrjuje navedbe naročnika, da je določil pravila, na kakšen način se bodo v času trajanja okvirnih sporazumov oddajala posamezna naročila. Naročnik je namreč v 8. členu vzorca okvirnega sporazuma določil, da bo naročal v obsegu, kot ga bo dejansko potreboval, pri čemer bo sledil naročanju blaga po vrstah in količinah, ki so determinirale sklop, in da bo okvirni sporazum izvajal na način, da bo sledil ohranjanju razmerja po vrstah (artiklih/postavkah) in količinah (teh artiklov/postavk) med sklopoma za posamezno vrsto blaga. Od drugega do desetega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma je naročnik za vsakega posameznega naročnika pojasnil, na kakšen način bodo potekale dobave, tako je npr. za posameznega naročnika Lekarna Velenje, pri katerem je količinsko razmerje med obema sklopoma (za posamezno vrsto blaga) 60:40, določil, da bo prve tri dobave zdravil oz. živil naročil pri dobavitelju iz sklopa skupine 1, naslednji dve dobavi zdravil oz. živil bo naročil pri dobavitelju iz sklopa skupine 2, nato bo zopet naslednje tri dobave zdravil oz. živil naročil pri dobavitelju iz sklopa skupine 1, naslednji dve dobavi pri dobavitelju iz sklopa skupine 2 in tako naprej. Naročnik je nadalje v 8. členu vzorca okvirnega sporazuma določil, da bo razmerje po vrstah in količinah med sklopoma skupine 1 in 2 za posamezno vrsto blaga preveril letno, in sicer za prvo, drugo in tretje leto izvajanja okvirnega sporazuma. V kolikor bo naročnik ugotovil nesorazmerje po vrstah in/ali količinah med sklopoma skupine 1 in 2 posamezne vrste blaga, bo naročnik pri vseh naslednjih dobavah povečal obseg naročil v delu vrst in/ali količin pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manko, s ciljem vzpostavitve prvotnega razmerja po vrstah in količinah med sklopoma za preteklo letno obdobje. Naveden povečan obseg naročil v delu vrst in/ali količin pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manko, se ne bo upošteval pri ugotavljanju razmerja po vrstah in količinah tekočega letnega obdobja. Naročnik je na Portalu javnih naročil (glej odgovor, objavljen dne 21. 11. 2022 ob 22:52 uri) tudi pojasnil, da za četrto leto izvajanja okvirnega sporazuma razmerja ne bo preverjal.

Upoštevanje navedeno ni mogoče pritrditi vlagatelju, da je naročnik določil nejasen in netransparenten postopek izvrševanja dobav. Objektivni pogoji za izbiro podpisnika okvirnega sporazuma na ravni skupine sklopov, kateremu bo oddano posamezno naročilo, so namreč jasno opredeljeni od drugega do desetega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma, v katerih je naročnik opredelil, da bo določeno število zaporednih posameznih naročil oddal dobavitelju v sklopu 1, nato pa določeno število zaporednih posameznih naročil dobavitelju v sklopu 2, nato zopet določeno število zaporednih posameznih naročil oddal dobavitelju v sklopu številka 1 in tako naprej. Z navedenim je naročnik po presoji Državne revizijske komisije jasno, natančno in nedvoumno opredelil, na kakšen način bo naročnik ravnal pri nabavi zdravil oz. kateremu gospodarskemu subjektu (ali podpisniku okvirnega sporazuma za sklop 1 na ravni skupine sklopov ali podpisniku okvirnega sporazuma za sklop 2) bo oddano posamezno naročilo. Poleg tega se je naročnik tudi zavezal, da bo za prvo, drugo in tretje leto izvajanja okvirnega sporazuma preveril, ali je bilo tekom izvajanja okvirnega sporazuma spoštovano razmerje po vrsti zdravil in količini (med sklopoma skupine sklopov), ki so determinirala sklop. Če bo naročnik ugotovil, da v predhodnem letu ni bilo spoštovano razmerje po vrsti zdravil in količini, bo ugotovljeno nesorazmerje odpravil v okviru dobav v tekočem letu (tj. v letu, v katerem bo naročnik preverjal spoštovanje razmerja) s ciljem vzpostavitve prvotnega razmerja po vrstah in količinah med sklopoma za preteklo letno obdobje.

Pritrditi gre sicer vlagatelju, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni izrecno pojasnil pojma »dobava« in besedne zveze »naročanje blaga po vrstah in količinah«, vendar v posledici navedenega dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu ni oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja. Pojem »dobava« in besedno zvezo »naročanje blaga po vrstah in količinah« lahko razumejo vsi povprečno

usposobljeni in običajno skrbni ponudniki. Poleg tega je naročnik navedel: »Naročnik bo pri dobavi zdravil [...] prve tri dobave zdravil naročil (prva tri naročila zdravil oddal) pri dobavitelju [...]«, zato upošteva kontekst, v katerem je pojem »dobava« uporabljen, ne more biti nobenega dvoma, da se nanaša na posamezno naročilo. Prav tako je povsem jasna besedna zveza »naročanje blaga po vrstah in količinah«, sploh upošteva, da je naročnik opredelil pojem »vrsta« in »količina«, saj je navedel, da bo sledil »ohranjanju razmerja po vrstah (artiklih/postavkah) in količinah (teh artiklov/postavk)«. Nobenega dvoma zato ni, da bo naročnik naročal blago po posameznih zdravilih in upošteva količine teh zdravil, oz. da bo ohranjal razmerja po posameznih zdravilih oz. živilih, kot tudi razmerje glede količine teh zdravil/živil. Naročnik bo torej pri naročanju upošteval vrsto naročenih zdravil/živil, ki je v Prilogi 5 opredeljena z nazivom artikla, kot tudi količine teh konkretnih posameznih zdravil/živil, posledično pa bo zagotovljeno vrednostno razmerje, dobava dražjih in cenejših zdravil pa bo uravnotežena. Enako velja glede ugotovljenega manka, naročnik po ugotovljeno sorazmerje odpravljal tako po posameznih zdravilih in količini posameznih zdravil, posledično pa bo odpravljeno tudi morebitno nesorazmerje vrednosti dobav.

Vlagatelj sicer pravilno navaja, da naročnik za četrto leto ne bo preverjal spoštovanja razmerja, vendar pa ne gre spregledati, da je naročnik predvidel, da bo tudi v tem letu oddajal posamezna naročila ob upoštevanju prvega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma (in bo torej sledil naročanju blaga po vrstah in količinah, ki so determinirale posamezen sklop znotraj skupine sklopov) in ob upoštevanju načina, predvidenega v drugem do desetem odstavku 8. člena vzorca okvirnega sporazuma. Če bo vlagatelju oddan kateri izmed sklopov in bo vlagatelj v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v četrtem letu izvajanja okvirnega sporazuma ni spoštoval razmerja med sklopoma na ravni skupine sklopov, bo lahko kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati, da so določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede ugodnosti na obseg poslovanja in glede načina izvajanja okvirnega sporazuma oblikovane v nasprotju z določbami ZJN-3, zato je Državna revizijska komisija s tem povezane revizijske navedbe zavrnila kot neutemeljene.

3. Glede novih zdravil

Vlagatelj zatrjuje, da je v nasprotju z načelom sorazmernosti zahteva, da ponudniki dobavljajo nova zdravila iz sklopov zdravil/živil z določeno ceno v CBZ po ceni, določeni v CBZ, zmanjšani za popust na ceno in ugodnost na obseg dobav. Ob pripravi ponudbe ni znano, katera nova zdravila bodo prišla na trg in po kakšni ceni, zato novih zdravil ni mogoče upoštevati pri pripravi popusta. Predmet pogodbe ne morejo biti nova zdravila, za katera ni bila oddana ponudba – naročnik ne more zavezati izvajalca k dobavi zdravila, ki ga ni ponudil.

Vlagatelj nadalje navaja, da naročnik v sklopih z zdravili, ki nimajo določene cene v CBZ, zahteva dobavo novih zdravil po ceni iz veleprodajnega cenika, ob upoštevanju enakih pogojev in elementov ponudbe. Glede novih zdravil neizbrani ponudnik ne bo imel možnosti konkuriranja, zaradi umanjkanja konkurence pa lahko izbrani ponudnik poda poljubno ceno, kar lahko pomeni manj ugodno ponudbo.

Naročnik na drugi strani vlagatelju odreka aktivno legitimacijo in zatrjuje, da glede dobave novih zdravil ni oblikoval absolutne obveznosti, temveč pogojno obveznost.

Iz vlagateljevih navedb (med drugim) izhaja, da zaradi zahteve glede dobave novih zdravil oz. živil (tj. zdravil oz. živil, ki jih v trenutku oddaje ponudbe še ni trgu, pač pa bodo na trg prišle šele

tekom izvajanja javnega naročila) v sklopih, katerih predmet so zdravila oz. živila z določeno ceno v CBZ, ni mogoče oblikovati ugodnosti na obseg poslovanja, ki predstavlja merilo za oddajo javnega naročila. Upošteva se navedeno vlagatelju (v nasprotju z mnenjem naročnika) ni mogoče odreči aktivne legitimacije za presojo teh revizijskih očitkov, saj vlagatelj v bistvu zatrjuje, da v posledici zahtev glede dobav novih zdravil naročnik gospodarskim subjektom ni zagotovil zadosti informacij za pripravo ponudbe, kar pa (lahko) vpliva na vlagateljev položaj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila.

Iz 9. člena vzorca okvirnega sporazuma izhaja, da se bo naročnik, če bo tekom izvajanja okvirnega sporazuma potreboval nova zdravila brez recepta oz. živila, z dobaviteljem dogovoril za dobavo tega blaga. Naročnik je nadalje določil, da če bo dobavitelj razpolagal z zdravilom, ki ima določeno ceno v CBZ, oz. z živilom, mora zdravilo/živilo ponuditi po ceni, kot je na dan oddaje posameznega naročila določena v CBZ, zmanjšani za ponujeni popust na ceno in ob upoštevanju enakih pogojev in elementov ponudbe (višine ponujene ugodnosti na obseg poslovanja). Glede dobave novih zdravil brez recepta, ki nimajo določene cene v CBZ, pa je naročnik v tretjem odstavku 9. člena vzorca okvirnega sporazuma predvidel, da če bo dobavitelj razpolagal s tem zdravilom, ga mora ponuditi po ceni iz svojega veleprodajnega cenika, ob upoštevanju enakih pogojev in elementov ponudbe (višine ponujene ugodnosti na obseg poslovanja).

V četrtem odstavku 9. člena okvirnega sporazuma je določeno:

»Dobavitelj se obvezuje, da bo naročniku, v kolikor bo dobavitelj z njim razpolagal in bo skladno s svojo poslovno politiko sposoben dobaviti novo zdravilo oziroma živilo, dobavil vse novo blago, ki ga bo naročnik potreboval v času izvajanja tega okvirnega sporazuma«.

Upošteva se 9. člen okvirnega sporazuma Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je naročnik določil avtomatizem za vsa nova zdravila oz. da jih mora dobavitelj dobaviti, če z njimi razpolaga, ampak gre pritrditi navedbam naročnika, da je zahteva glede dobave novih zdravil oz. živil oblikovana pogojno. Iz citiranega člena izhaja, da bo dobavitelj, če bo razpolagal z novim zdravilom/živilom in bo skladno s svojo poslovno politiko sposoben dobaviti novo zdravilo/živilo, le-tega dolžan dobaviti ob upoštevanju pogojev in elementov iz ponudbe. Naročnik je opredelil (le) pod kakšnimi pogoji bo dobavitelj dolžan dobaviti novo zdravilo/živilo, medtem ko je odločitev, ali bo dobavil novo zdravilo/živilo, prepustil dobaviteljem. Sporni člen okvirnega sporazuma tako ne zavezuje dobavitelja, da tekom izvajanja okvirnega sporazuma dobavlja tudi nova zdravila/živila ob upoštevanju pogojev in elementov ponudbe, saj v kolikor bo dobavitelj ocenil, da v skladu s svojo poslovno politiko ni sposoben dobaviti novega zdravila/živila oz. da bi bila dobava novih zdravil/živil v nasprotju z njegovo poslovno politiko, tega zdravila/živila naročniku ne bo dobavil. Upošteva se navedeno se kot neutemeljene izkažejo navedbe vlagatelja, da bo dolžan dobavljati nova zdravila/živila pod pogoji iz ponudbe že, če jih bo imel na zalogi, saj kot je razvidno iz citiranega člena okvirnega sporazuma, bo dobavitelju (oz. vlagatelju v primeru sklenitve okvirnega sporazuma) tudi če bo imel novo zdravilo/živilo na zalogi, še vedno omogočena presoja, ali ga je skladno s svojo poslovno politiko sposoben dobaviti - v kolikor bo dobavitelj presodil, da mu njegova poslovna politika omogoča dobavo zdravila/živila, ga bo moral dobaviti upošteva se pogoje in elemente ponudbe, če pa bo dobavitelj oz. vlagatelj presodil, da je dobava zdravila/živila pod pogoji iz ponudbe v nasprotju z njegovo poslovno politiko, ga naročniku ne bo dobavil.

Na podlagi navedenega gre ugotoviti, da vlagatelj očitke, da ni mogoče oblikovati višine popusta oz. višine ugodnosti na obseg poslovanja in da naročnik od ponudnikov zahteva dobavo novih zdravil, utemeljuje na napačni (zmotni) predpostavki, in sicer, da naročnik ponudnikom oz. dobaviteljem nalaga obveznost dobave novih zdravil pod pogoji iz ponudbe. Ker revizijski očitki v tem delu zahtevka za revizijo temeljijo na neobstoječi zahtevi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, jih gre zavrniti kot neutemeljene.

Glede revizijskih očitkov, da ima izbrani ponudnik zaradi zahteve glede dobav novih zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, neomejene možnosti glede oblikovanja cene, na drugi strani pa ta zahteva vlagatelja, če ne bi bil izbran, postavlja v slabši položaj, gre ponoviti, da ponudnik z zahtevkom za revizijo, vloženim v skladu s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN, ščiti svoj pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila.

Iz navedb vlagatelja ne izhaja, da bi mu omenjena določba vzorca okvirnega sporazuma onemogočala ali oteževala sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, kot tudi ne, da bi imela sporna določba glede nakupa novih zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, zanj odvrtilni učinek v smislu, da vlagatelj, če bi mu bil oddan kateri izmed sklopov zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, sporne zahteve, ki se nanaša na izvedbeno fazo, ne bi mogel izpolniti. Iz vlagateljevih navedb, da izbrani ponudnik ne bo imel konkurence, posledično pa bo imel neomejene možnosti glede oblikovanja cene, izhaja vlagateljeva bojazen, da bo zaradi možnosti dobave novih zdravil oškodovan naročnik oz. kupci zdravil/živil. Pritrditi gre sicer smiselnim navedbam vlagatelja, da bi lahko neizbrani ponudniki (gospodarski subjekti, ki niso podpisniki okvirnega sporazuma) ponudili nova zdravila po ugodnejših pogojih kot izbrani ponudniki, ker se najugodnejša ponudba v omenjenih sklopih določi upoštevaje ceno, ki jo določijo gospodarski subjekti sami (za razliko od zdravil in živil, pri katerih je cena določena s strani drugega subjekta) in upoštevaje ugodnost na obseg poslovanja, vendar pa navedeno ne vpliva na položaj vlagatelja v postopku oddaje javnega naročila. Zaradi morebitnega nakupa novega zdravila, ki nima določene cene v CBZ, po višji ceni, kot bi jo v primeru konkurence lahko ponudil drug gospodarski subjekt, bo lahko oškodovan naročnik oz. pacienti, kar pa predstavlja javni interes, za varovanje katerega vlagatelj glede na 6. člen ZPVPJN ni aktivno legitimiran. V zvezi z revizijskimi navedbami, da bi bil vlagatelj (če mu ti sklopi ne bi bili oddani) postavljen v slabši položaj in kot ponudnik na trgu ne bi mogel konkurirati z oddajo ponudbe, gre še dodati, da ni mogoče vzpostaviti vzročne zveze med zatrjevanim protipravnim ravnanjem na eni strani (torej sporno določbo) in prikrajšanjem vlagatelja na drugi strani (torej nezmožnostjo vlagatelja kot neizbranega ponudnika dobavljati nova zdravila posameznim naročnikom). Vzrok, zaradi katerega vlagatelj kot neizbrani ponudnik ne bi mogel dobavljati novih zdravil (morebiti celo po ugodnejši ceni kot izbrani ponudnik), namreč izvira iz ravnanja vlagatelja, in sicer, ker ta ne bi oddal ekonomsko najugodnejše ponudbe v spornih sklopih, posledično pa mu ti sklopi ne bi bili oddani.

Upoštevaje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije za presojo revizijskih navedb, povezanih z zahtevo glede dobave novih zdravil v sklopih za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, zato Državna revizijska komisija teh revizijskih navedb ni vsebinsko presojala.

4. Glede spremembe cen zdravil brez recepta, ki nimajo določene cene v CBZ

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik za sklope zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, določil protokol povišanja cen, in sicer se cena lahko zviša v primeru dviga cen s strani proizvajalca, o čemer mora ponudnik predložiti dokazilo. Vendar pa ni jasno, ali naročnik zahteva višino nabavne cene ponudnika pred in po podražitvi ali zgolj obvestilo proizvajalca o dvigu cen za določen odstotek. V prvem primeru gre za poseg v poslovno skrivnost. Z odsotnostjo določitve korelacije med novo ceno in podanim popustom na obseg dobav, je porušeno merilo za izbor ponudnika. Nezakonita in nesorazmerna je tudi zahteva naročnika, da ponudnik obvesti naročnika o znižanju cene oz. da zniža cene. Naročnik ni navedel, »kakšno (nižjo) ceno je imel v mislih« in ni predvidel postopka preverjanja cene pri proizvajalcu.

Naročnik na drugi strani zavrača očitke in navaja, da je predvidel mehanizem spreminjanja cene, v okviru katerega lahko zahteva dokazilo o povišanju cene posameznega zdravila in dokazilo o

odstotku povišanja veleprodajne cene dobavitelja. Poslovna skrivnost gospodarskega subjekta ne predstavlja podlage za neskladnost zahtev z ZJN-3. Morebitno povišanje ali znižanje cen ne vpliva na višino/odstotek ugodnosti na obseg poslovanja, ki se obračuna od vrednosti dejansko izvršenih dobav. Pri morebitnem znižanju cene ne obstaja dolžnost dobavitelja, da o dejstvu znižanja cene predloži dokazilo.

Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je razvidno, da je naročnik kot merilo za oddajo sklopov za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, določil najnižjo skupno ponudbeno ceno v EUR brez DDV z upoštevanjo ugodnostjo na obseg poslovanja. Skupna ponudbena cena se določi na podlagi Excelove tabele Priloga 6 – Specifikacija s cenami, v kateri je naročnik navedel zdravila, od ponudnikov pa je zahteval, da vnesejo ponudbeno ceno za posamezna zdravila in sicer za vse postavke oz. za vsa zdravila, navedena v omenjeni prilogi. Skupna ponudbena cena predstavlja seštevek zmnožkov posameznih s strani naročnika zahtevanih količin zdravil in ponujene cene. V okviru merila za oddajo sklopov za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, so tako relevantne cene zdravil, ki jih ponudniki predstavijo v Prilogi 6, in ponujena ugodnost na obseg poslovanja.

Čeprav vlagatelj pravilno opozarja, da so cene zdravil relevantne v okviru merila za oddajo teh sklopov, gre pojasniti, da se lahko skladno s 95. členom ZJN-3 pogodba o izvedbi javnega naročila in okvirni sporazum spremenita brez novega postopka javnega naročanja, če je sprememba, ne glede na njeno denarno vrednost, predvidena v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v jasnih, natančnih in nedvoumnih določbah o reviziji, ki lahko vključujejo določbe o reviziji cen, ali opcijah. V takih določbah morajo biti navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo, ne smejo pa biti predvidene spremembe ali opcije, ki bi spremenile splošno naravo pogodbe o izvedbi javnega naročila ali okvirnega sporazuma.

V obravnavanem primeru je naročnik v sklopih, katerih predmet so zdravila brez recepta, ki nimajo določene cene v CBZ, predvidel, da se lahko tekom izvajanja okvirnega sporazuma spremeni cena posameznega zdravila. Naročnik je v 6. členu okvirnega sporazuma določil, da dobavitelj dobavlja zdravila po ponudbeni ceni iz Priloge 6 – Specifikacija s cenami, in da se lahko te spremenijo le pod pogoji:

»Dobavitelj lahko na naročnika naslovi zahtevo za spremembo cene, in sicer v primeru povišanja cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca tega zdravila, in sicer v primeru vsakega povišanja, do katerega pride v časovnem obdobju od poteka roka za oddajo ponudb. V takem primeru je povišanje cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, v višini odstotka, ki je enak odstotku povišanja veleprodajne cene dobavitelja. Na zahtevo naročnika, dobavitelj naročniku dostavi dokazilo o povišanju cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca in dokazilo o odstotku povišanja veleprodajne cene dobavitelja. Dobavitelj dobavlja zdravila po novi ceni posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, po potrditvi te cene s strani naročnika.

Dobavitelj je dolžan obvestiti naročnika v primeru znižanja cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ s strani proizvajalca tega zdravila. V takem primeru je znižanje cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, v višini odstotka, ki je enak odstotku znižanja veleprodajne cene dobavitelja«.

Upošteva citirano določbo okvirnega sporazuma Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da bi bile določbe, vezane na protokol spreminjanja cene, oblikovane nejasno. Iz citirane določbe namreč jasno, natančno in nedvoumno izhaja, pod katerimi pogoji in po kakšnem postopku lahko v izvedbeni fazi pride do povišanja oz. znižanja cen in v kakšnem

odstotku. V primeru povišanja cene zdravila s strani proizvajalca lahko dobavitelj poda predlog za povišanje cene, naročnik pa si je pridržal pravico, da zahteva tako dokazilo o povišanju cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca, kot tudi dokazilo o odstotku povišanja veleprodajne cene dobavitelja. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da naročnik ni izrecno določil, kakšno dokazilo bo v izvedbeni fazi sprejel kot ustrezno dokazilo o povišanju cen proizvajalca, in tako ni izrecno določil, ali zahteva potrdilo proizvajalca o višini nabavne cene pred in po podražitvi ali le obvestilo proizvajalca o dvigu cene za določen odstotek, vendar zaradi navedenega dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni oblikovana nejasno. Naročnik namreč gospodarskim subjektom prepušča način izkazovanja povišanja cen s strani proizvajalca. Ker torej naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ne zahteva, da bi morali dobavitelji za primer povišanja cen izkazati dejanske nabavne cene pred in po podražitvi, se kot nerelevantne za presojo zakonitosti določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izkažejo vlagateljeve navedbe, da bi zahteva po predložitvi dokazil o konkretnih cenah predstavljala kršitev določb ZJN-3 in določb Zakona o poslovni skrivnosti. Pri tem pa gre še dodati, da vlagatelj v izvedbeni fazi tudi ne bi bil dolžan razkrivati poslovnih skrivnosti, saj naročnik ni predvidel obveznosti zvišanja cen – gre le za možnost, ki jo lahko izkoristi dobavitelj, zato se lahko dobavitelj (z namenom varovanja poslovnih skrivnosti) tudi odloči, da zvišanja cen ne bo zahteval.

Vlagatelj zatrjuje tudi, da je zahteva, ki dobavitelju nalaga obveznost obveščanja naročnika o znižanju cene s strani proizvajalca v nasprotju z načelom sorazmernosti in nezakonita, vendar pa je vlagatelj navedel zgolj pravno kvalifikacijo dejanskega stanja (ki je v domeni organa pravnega varstva glede na ugotovljeno dejansko stanje), ni pa navedel dejstev in okoliščin, ki bi izkazovale dejansko stanje, na podlagi katerega bi bilo mogoče ugotoviti naročnikovo kršitev načela sorazmernosti ali katere druge določbe ZJN-3. Vlagatelj tudi ne pojasni, zakaj bi naročnikova zahteva, vezana na znižanje cene, posegala v poslovno skrivnost ponudnika in njegov konkurenčni položaj. Zavrtni gre očitke o kršitvi načela transparentnosti javnega naročanja, saj četudi so v ponudbeni ceni za posamezno zdravilo poleg samega stroška zdravila zajeti tudi drugi stroški (stroški dobave, stroški, povezani z odpoklicem blaga...), je iz sporne določbe jasno razvidno, da je dobavitelj tekom izvajanja okvirnega sporazuma dolžan naročnika obvestiti o znižanju cene zdravila s strani proizvajalca in da se bo cena znižala v višini odstotka, ki je enak odstotku znižanja veleprodajne cene dobavitelja. Prav tako dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja zaradi umanjkanja določb postopka preverjanja cene pri proizvajalcu v primeru znižanja cen. Umanjkanje takšnih določb namreč pomeni, da naročnik ne bo preverjal, ali je proizvajalec dejansko znižal ceno zdravila, zato dobavitelju tudi ne bo treba predložiti dokazila o znižanju cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca, temveč bo zadoščala že izjava oz. obvestilo dobavitelja o znižanju cen s strani proizvajalca.

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo tudi zatrjuje, da *»čeprav je naročnik določil osnovno ceno in popust kot merilo, pa je z odsotnostjo določitve korelacije med novo ceno in popustom na obseg dobave, porušil samo merilo za izbor ponudnika in naročanje ter kršil določbe ZJN-3«*. Izpostavljene navedbe vlagatelja so povsem nejasne, saj iz njegovih navedb ni razvidno, kaj naj bi v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila konkretno umanjalo oz. na kaj meri z navedbami o odsotnosti določitve korelacije med novo ceno in ugodnostjo na obseg poslovanja. Pri tem pa gre še dodati, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da morebitna sprememba cene zdravila v izvedbeni fazi ne bo vplivala na ponujeno ugodnost na obseg poslovanja, kar pomeni, da se bo v izvedbeni fazi ugodnost na obseg poslovanja obračunala glede na spremenjeno ceno.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju določb, vezanih na spremembo cene, zato gre zahtevek za revizijo v tem delu zavrniti.

5. Glede oblikovanja sklopov za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ

Vlagatelj navaja, da sklop, katerega predmet so zdravila brez recepta, ki nimajo določene cene v CBZ, zajema velik nabor artiklov, in se zavzema za razdelitev tega sklopa na več sklopov. Naročnik na drugi strani zavrača očitke o kršitvi 73. člena ZJN-3 in dodaja, da je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da je tudi ta sklop količinsko razdelil na dva sklopa. Vlagatelj v vlogi z dne 25. 11. 2022 navaja, da je naročnik na Portalu javnih naročil pojasnil, da se tudi glede zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, oblikujeta dva sklopa, vendar še ni objavil popravka in popisa, in da bo po objavi spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila podal dopolnitev vloge, če bo presodil, da je to primerno.

Državna revizijska komisija ni vsebinsko presojala zakonitosti naročnikovega ravnanja, ko je na ravni posameznega naročnika oblikoval le en sklop za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ. Kot je to med strankama tudi nesporno, naročnik je po prejemu zahtevka za revizijo spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da je prvotno oblikovan sklop na ravni posameznega naročnika za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, razdelil na dva sklopa. Ker je torej naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki ga kot spornega izpostavlja vlagatelj, vsebinska presoja zakonitosti izpodbijanih (že razveljavljenih) zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oz. izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila.

Ker je naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila po prejemu zahtevka za revizijo, je Državna revizijska komisija naročnikovo spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kljub njegovim ugovorom v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo, štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v tem delu.

6. Glede ugodnosti na obseg poslovanja v sklopih z zdravili brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ

Vlagatelj pojasnjuje, da se cena zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, prosto oblikuje na trgu, in je sestavljena iz nabavne cene in dodatne vrednosti, ki pripada ponudniku kot plačilo za opravljeno storitev. Naročnik je določil minimalni zahtevani popust v višini, ki bistveno presega odstotke, ki ponudniku pripadajo kot plačilo za opravljeno storitev. Ponudnik bo zato, v izogib poslovni škodi, primoran dvigniti ceno nekaterih zdravil, saj bo le tako lahko ponudil minimalni zahtevani popust, kar posledično pomeni, da se bo dvignila maloprodajna cena in bodo pacienti/kupci zaradi podražitve zdravil na slabšem. S takšnim ravnanjem naročnik krši načelo sorazmernosti, načelo transparentnosti javnega naročanja in načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, prav tako pa krši pravico pacienta do zdravja in pravico gospodarskih subjektov do svobodne gospodarske pobude.

Naročnik na drugi strani očitke zavrača in navaja, da je naročnik glede določitve minimalne ugodnosti na obseg poslovanja ravnal v skladu z načelom transparentnosti in načelom enakopravne obravnave ponudnikov, zahteva pa je tudi v skladu z načelom sorazmernosti, saj se nanaša na vrednost dobavljenih zdravil. Odločitev o višini minimalne stopnje ugodnosti na obseg poslovanja je njegova poslovna odločitev.

Kot že pojasnjeno, je procesno upravičenje za vodenje revizijskega postopka mogoče priznati le subjektu, ki v zahtevku za revizijo zatrjuje konkretno kršitev pravil javnega naročanja ter hkrati izkaže, da mu je zaradi te, v zahtevku za revizijo zatrjevane kršitve, v celoti onemogočeno ali vsaj oteženo sodelovanje v postopku. Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz zahtevka za revizijo ni razvidno, kako naj bi ravnanje naročnika pri oblikovanju minimalne zahtevane stopnje ugodnosti na obseg poslovanja vplivalo na vlagateljev položaj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila oz. na kakšen način naj bi mu bilo zaradi oblikovanja minimalnih zahtevanih ugodnosti na obseg poslovanja onemogočeno in oteženo njegovo sodelovanje v tem postopku. Vlagatelj namreč zatrjuje, da bodo gospodarski subjekti zaradi (po njegovi oceni) previsoke zahtevane minimalne ugodnosti na obseg poslovanja dvignili cene zdravil. S takšnimi revizijskimi navedbami vlagatelj izraža skrb, da bodo v posledici obstoječe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oškodovani kupci oz. pacienti (na katere se naj bi prevalile posledice zvišanja cen gospodarskih subjektov), s čimer vlagatelj varuje javni interes, za kar glede na 6. člen ZPVPJN ni aktivno legitimiran.

V zvezi z navedbami vlagatelja o naročnikovem poseganju v njegovo z ustavo zagotovljeno pravico do svobodne gospodarske pobude, gre še pojasniti (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-244/2014, 018-029/2016), da je Ustavno sodišče odločilo (Odločba št. U-I-211/11-26 z dne 24. 5. 2012, točka 12), da pri položaju ponudnikov pri javnem naročanju ne gre za položaj, ki bi bil varovan s svobodno gospodarsko pobudo iz prvega odstavka 74. člena Ustave RS, ker nosilec oblasti na trgu ne nastopa kot oblast, temveč kot udeleženec na trgu na strani povpraševanja. Ob tem pa gre še dodati, da je v skladu z ustavnim načelom svobodne gospodarske pobude predmet avtonomne odločitve vlagatelja, ali bo dvignil cene zdravil brez recepta, katerih cene niso določene v CBZ.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije za presojo revizijskih navedb, povezanih z zahtevano minimalno stopnjo ugodnosti na obseg poslovanja v sklopih za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, zato Državna revizijska komisija teh revizijskih navedb ni vsebinsko presojala.

7. Glede zahteve, vezane na dostavo zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ

Vlagatelj navaja, da je naročnik (kljub temu, da zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, ni razdelil na več sklopov, da bo sklenil okvirni sporazum s samo enim ponudnikom, da v skladu z Zakonom o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016 in 77/2017; v nadaljevanju: ZLD-1) ne obstaja obveznost izdajanja zdravil v zakonsko predvidenem roku in da gre za tržno prodajni asortiman naročnika) za te sklope določil zahteve, kot veljajo za ostale sklope oz. za dobavo zdravil na recept. Praktično nemogoče bo enemu ponudniku dostavljati zdravila po celotni Sloveniji. Ni pravne podlage, da se naročeno blago dostavi v 24 urah in večkrat na dan. Takšna zahteva je v nasprotju z določbami ZJN-3 in nima podlage v področni zakonodaji. Glede na zahtevani minimalni popust na obseg poslovanja ponudniki ne morejo zadostiti zahtevam glede dobav.

Naročnik na drugi strani zatrjuje, da režim dobav ne pomeni kršitve veljavne javnonaročniške zakonodaje in da je glede na svoje potrebe določil način dobav. Naročnik mora skladno s 14. členom ZLD-1 zagotoviti vsa zdravila najpozneje v 24 urah od naročila.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj naročniku očita kršitve pri oblikovanju zahtev, vezanih na dostavo zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, v povezavi z dejstvom, da naročnik na ravni posameznega naročnika zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, prvotno ni razdelil na več sklopov. Kot že pojasnjeno, naročnik je naknadno spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da je tudi zdravila brez recepta, katerih

cena ni določena v CBZ, na ravni posameznega naročnika razdelil na dva sklopa. Čeprav torej okoliščina, tj. oblikovanje le enega sklopa za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, zaradi katere vlagatelj zatrjuje nezakonitost zahtev, vezanih na dostavo teh zdravil, ne obstoji več, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je mogoče pritrditi naročniku, ki navaja, da mora v skladu z ZLD-1 zagotoviti vsa zdravila, ki so na trgu v Republiki Sloveniji, najpozneje v 24 urah od naročila oz. naslednji delovni dan. Državna revizijska komisija je že v sklepu, št. 018-149/2019-21, pojasnila, da je treba dejstvo, da je nemotena in hitra oz. pravočasna distribucija zdravil ključna za delovanje lekarniškega in zdravstvenega sistema in da je od tega odvisno zdravje in življenje ljudi, upoštevati tudi pri presoji sorazmernosti naročnikove zahteve, vezane na dostavo oz. čas dostave. Naročnik oz. posamezni javni lekarniški zavodi so dolžni nemoteno izdajati zdravila v najkrajših možnih rokih, zaradi česar je tudi postavljena zahteva po kratkih rokih dobave.

Ob tem gre še dodati, da se zahteve, vezane na roke dobav, nanašajo na fazo izvajanja predmeta javnega naročila in vlagatelju ne omejujejo ali preprečujejo sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila. Od vlagatelja, ki je strokovnjak na svojem področju, je mogoče pričakovati, da bo glede na razpoložljive podatke in upoštevajoč lastne izkušnje zmožni finančno ovrednotiti tveganja, vezana na kratke roke dobav, in tako z vključitvijo teh stroškov oblikovati ponudbeno ceno oz. ugodnost na obseg poslovanja. V kolikor vlagatelj ugotovi, da vseh tveganj v ponudbeni ceni ne more zajeti ali da bi z oblikovanjem določene ponudbene cene oz. ugodnosti na obseg poslovanja nase prevzel preveliko breme, je na njem (poslovna) odločitev, ali bo na javnem naročilu s predložitvijo ponudbe sploh sodeloval.

Na podlagi navedenega gre zahtevek za revizijo v delu, ki se nanaša na zahteve glede rokov dostave zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, zavrniti kot neutemeljen.

8. Glede kršitve določb Zakona o kmetijstvu

Vlagatelj navaja, da je naročnik določil množstvo določil, ki skladno z Zakonom o kmetijstvu (Uradni list RS, št. 45/2008 s sprem., v nadaljevanju: ZKme-1), ki ureja tudi področje živil za posebne zdravstvene namene, štejejo za nedovoljena ravnanja, saj naročnik zahteva popust (povračilo) za storitve, ki niso bile opravljene, obvezen popust na predčasna plačila in izredno visoko pogodbeno kazen.

Naročnik navaja, da vlagatelj ne izpostavlja kršitev določb ZJN-3, poleg tega v obravnavanem primeru ni izpolnjen pogoj iz 61 f. člena ZKme-1. Ugodnost na obseg poslovanja ne predstavlja povračila za storitve, ki niso bile opravljene, saj se vrednost ugodnosti na obseg poslovanja obračuna od dejanske (izvršene) vrednosti dobav. Naročnik zavrača tudi očitke, vezane na popust za predčasna plačila in pogodbeno kazen, ter dodaja, da je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da je v sklopih za živila umaknil določila o popustu na predčasna plačila in pogodbeni kazni.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila gre ugotoviti, da je naročnik v 11. členu vzorca okvirnega sporazuma najprej predvidel, da dobavitelj naročniku za plačila, izvedena v roku 15 ali več dni pred zapadlostjo, prizna popust na predčasna plačila v višini 0,16 % od zneska računa. Naročnik je na Portalu javnih naročil dne 22. 11. 2022 spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da to določilo okvirnega sporazuma ne velja za sklope, katerih predmet so živila. Tudi iz čistopisa dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, objava na Portalu javnih naročil dne 12. 1. 2023, je razvidno, da se določba 11. člena vzorca okvirnega sporazuma oz. zahteve glede popusta na predčasno plačilo ne nanašajo na sklope, katerih predmet so živila za posebne zdravstvene namene.

Smiselno enako gre ugotoviti glede pogodbene kazni za primer zamude dobav. Naročnik je v okviru prvotne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v 20. členu vzorca okvirnega sporazuma predvidel pogodbeno kazen v višini 2 % vrednosti naročila za vsako uro zamude. Z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 22. 11. 2022, je naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu na način, da za sklope, katerih predmet so živila za posebne zdravstvene namene, ne veljajo določbe o pogodbeni kazni oz. določba 20. člena vzorca okvirnega sporazuma. Tudi iz čistopisa dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, objava na Portalu javnih naročil dne 12. 1. 2023, je razvidno, da se določba 20. člena vzorca okvirnega sporazuma oz. določba glede pogodbene kazni ne nanaša na sklope, katerih predmet so živila za posebne zdravstvene namene.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ni vsebinsko presojala zakonitosti dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na popust za predčasna plačila in pogodbeno kazen za sklope, katerih predmet so živila za posebne zdravstvene namene. Ker je namreč naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki ga kot spornega izpostavlja vlagatelj, vsebinska presoja zakonitosti izpodbijanih (že razveljavljenih) zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oz. izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Ker je naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila po prejemu zahtevka za revizijo, je Državna revizijska komisija naročnikovo spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kljub njegovim ugovorom v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo, štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v tem delu.

V tem delu zahtevka za revizijo je ostalo sporno samo še vprašanje, ali naročnikova zahteva glede ugodnosti na obseg poslovanja predstavlja nedovoljeno ravnanje v smislu 61 f. člena ZKme-1. Čeprav naročnika zavezuje zakonodaja z različnih področij, lahko Državna revizijska komisija, ki po svoji funkciji predstavlja organ pravnega varstva, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil v vseh stopnjah postopka javnega naročanja (prvi odstavek 60. člena ZPVPJN), v revizijskem postopku, v katerem je zagotovljeno pravno varstvo le zoper kršitve v postopkih javnega naročanja (2. člen ZPVPJN), ugotavlja (zgolj) skladnost ravnanja naročnika s pravili javnega naročanja. Ugotavljanje kršitev, vezanih na druga pravna področja, ni v pristojnosti Državne revizijske komisije. Državna revizijska komisija tako ni pristojna za presojo kršitev ZKme-1 ali druge veljavne zakonodaje, ki ureja področje živil, in tako ni pristojna za presojo, ali bi bilo izvajanje okvirnega sporazuma v nasprotju z zakonodajo, ki velja na tem področju.

Ne glede na navedeno in ne glede na vprašanje, ali je v obravnavanem primeru uporabljiva določba 61 f. člena ZKme-1, gre dodati, da je naročnik v 7. členu vzorca okvirnega sporazuma predvidel, da bo dobavitelj naročniku priznal ugodnost na izvršen obseg poslovanja v odstotku, kot izhaja iz ponudbe (ugodnosti na obseg poslovanja), in ki se obračuna od zneska dejanske (izvršene) vrednosti dobav. Dobavitelj bo vsakih šest mesecev ugotovil izvršeno vrednost dobav in bo naročniku izdal dobropis za vrednost ugodnosti na obseg poslovanja v tem obdobju. Naročnik je tudi izrecno pojasnil, da četudi dejanska vrednost dobav ne bo dosegla predvidene vrednosti dobav, se višina vrednosti odstotka ugodnosti na obseg poslovanja, dana v ponudbi, ne spremeni.

Upošteva je predstavljeno določbo okvirnega sporazuma ni mogoče pritrditi navedbam vlagatelja, da v posledici omenjene določbe naročnik zahteva izdajo dobropisa oz. popust za storitve, ki niso bile opravljene, ali zaračunavanje nadomestila za zmanjšanje prometa, prodaje ali marže zaradi zmanjšanja prodaje določenega blaga, ki skladno z ZKme-1 štejejo za nedopustna ravnanja. Naročnik pravilno opozarja, da ugodnost na obseg poslovanja predstavlja ugodnost na izvršen obseg poslovanja in se obračuna od dejanske vrednosti dobav. Dobavitelj bo torej le v primeru

izvršene dobave naročniku izstavil dobropis, če pa dobave ne bo opravil, tudi dobropisa ne bo izstavil. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da se ponujena višina ugodnosti na obseg poslovanja ne spremeni, četudi naročnik ne naroči okvirne količine oz. okvirne vrednosti sklopov, vendar zgolj iz tega razloga, izdaje dobropisa, pri katerem se upošteva zgolj dejansko dobavljena vrednost, naročnik ne zahteva povračila za storitve, ki niso bile opravljene, kot to zatrjuje vlagatelj.

Upošteva se navedeno gre revizijske očitke, vezane na ugodnost na obseg poslovanja, v povezavi z ZKme-1, zavrniti kot neutemeljene.

9. Glede finančnega zavarovanja

Vlagatelj navaja, da ponudnik ni dolžan podaljšati veljavnosti ponudbe, zavarovanja za resnost ponudbe in zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, zato je naročnikova zahteva glede podaljšanja v nasprotju z načelom transparentnosti, načelom sorazmernosti in Uredbo o finančnih zavarovanjih pri javnem naročanju (Uradni list RS, št. 27/2016; v nadaljevanju: Uredba). Poleg tega je naročnik predvidel unovčitev celotnega zavarovanja za resnost ponudbe iz razloga nepredložitve novega zavarovanja, kar je nezakonito in absurdno. Naročnik bi lahko zahteval več bianco menic, nima pa podlage, da unovči celotno zavarovanje.

Naročnik na drugi strani navaja, da lahko zaprosi za podaljšanje veljavnosti ponudbe, če pri tem ravna v skladu z načelom enakopravne obravnave ponudnikov, ponudnik pa se sam odloči, ali bo veljavnost ponudbe podaljšal. Enako velja glede spremljajočega zavarovanja za resnost ponudbe. Naročnik nadalje pojasnjuje, da bo pred unovčenjem finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v primeru umika ponudbe v enem sklopu pozval ponudnika k predložitvi novega finančnega zavarovanja za resnost ponudbe. Naročnik bo tako imel na voljo veljavno zavarovanje za preostale sklope. Če ponudnik ne bo predložil novega finančnega zavarovanja, bo naročnik unovčil zavarovanje v celoti, znesek pa bo zadržal za primer nastopa razloga za unovčitev finančnega zavarovanja še v katerem drugem sklopu, po prenehanju veljavnosti menice in menične izjave pa bo razliko nakazal ponudniku. Tudi denarni depozit je eden izmed možnih instrumentov finančnega zavarovanja za resnost ponudbe.

Pritrditi gre navedbam vlagatelja, da gospodarski subjekti pripravijo ponudbo tudi ob upoštevanju roka veljavnosti ponudbe in posledično roka veljavnosti finančnega zavarovanja za resnost ponudbe ter da ponudniki po poteku roka veljavnosti ponudbe in posledično finančnega zavarovanja za resnost ponudbe niso dolžni podaljšati niti veljavnosti ponudbe niti finančnega zavarovanja za resnost ponudbe. Vendar pa v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče najti določbe, ki bi ponudnikom nalagala obveznost podaljšanja veljavnosti ponudbe in veljavnosti finančnega zavarovanja, kot tudi ne določbe, ki bi izbranemu ponudniku nalagala obveznost podaljšanja finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti. Tudi vlagatelj v zahtevku za revizijo ne pojasni, iz katerih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila naj bi izhajala zatrjevana obveznost ponudnika oz. izbranega ponudnika. Pri tem gre dodati, da je naročnik sicer v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da si pridržuje pravico, da zahteva podaljšanje finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, vendar s tem ponudnikov ni zavezal k določenemu ravnanju, pač pa je vnaprej predvidel svoja ravnanja. Možnost naročnika, da zahteva podaljšanje finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, ne ustvarja obveznosti ponudnikov, da podaljšajo finančno zavarovanje za resnost ponudbe – sprejem odločitve o podaljšanju finančnega zavarovanja za resnost ponudbe je še vedno v sferi ponudnikov, ki lahko tudi ocenijo, da niso več pripravljeni ponujati blaga pod pogoji iz ponudbe in posledično (veljavnosti ponudbe in) veljavnosti finančnega zavarovanja ne podaljšajo.

Upošteva se navedeno je Državna revizijska komisija vlagateljeve navedbe o naročnikovi kršitvi načela transparentnosti javnega naročanja, načela sorazmernosti in določb Uredbe zavrnila kot

neutemeljene, saj jih vlagatelj utemeljuje na napačni predpostavki, in sicer, da so ponudniki dolžni podaljšati veljavnost ponudbe in veljavnost finančnega zavarovanja za resnost ponudbe oz. da bo izbrani ponudnik dolžan podaljšati finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, čeprav naročnik takšne zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni določil.

Glede revizijskih očitkov, da je naročnik predvidel unovčenje celotnega finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, četudi bi le v enem sklopu nastopil razlog za unovčenje finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, gre najprej ugotoviti, da je naročnik določil zahteve glede finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, in sicer je kot instrument finančnega zavarovanja zahteval (bianco) menico. Višino finančnega zavarovanja je naročnik določil za vsak sklop posebej v Prilogi 2 – Finančno zavarovanje za resnost ponudbe. Za primer oddaje ponudbe za več sklopov je naročnik dopustil, da ponudnik predloži eno bianco menico in eno menično izjavo, s katero dovoljuje unovčitev menice v višini, ki predstavlja seštevek finančnih zavarovanj za sklope, za katere oddaja ponudbo (glej točko B.02.10 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Naročnik je v točki B.02.10 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila med drugim določil: *»Pooblaščen naročnik bo finančno zavarovanje za resnost ponudbe unovčil v takšni vrednosti kot je v Prilogi 2 - Finančno zavarovanje za resnost ponudbe določena za sklop oziroma sklope, v zvezi s katerim oziroma katerimi bo zavarovanje unovčeno (v zvezi s katerim oziroma katerimi bodo nastopili primeri za unovčenje finančnega zavarovanja). V kolikor na podlagi navedenega finančno zavarovanje ne bi bilo unovčeno v celotni vrednosti, bo pooblaščen naročnik ponudnika pred unovčenjem zavarovanja pozval k predložitvi novega finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v višini razlike med že predloženo vrednostjo zavarovanja in vrednostjo nameravanega unovčenja zavarovanja, za zavarovanje preostalih sklopov. V kolikor ponudnik ne bo predložil novega zavarovanja za resnost ponudbe za zavarovanje preostalih sklopov, si pooblaščen naročnik pridržuje zavarovanje unovčiti v celoti, znesek, ki presega znesek unovčenja zavarovanja za sklop oziroma sklope, v zvezi s katerimi bo pooblaščen naročnik zavarovanje unovčil, pa po prenehanju veljavnosti menice in menične izjave nakazati ponudniku«.*

Iz citiranega dela dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, na kakšen način bo ravnal naročnik v primeru nastopa unovčitvenega razloga v enem sklopu, v povezavi z dejstvom, da za primer predložitve ponudbe za več sklopov dopušča predložitev le ene bianco menice. Glede zahtevanega instrumenta finančnega zavarovanja, tj. menice, gre najprej pojasniti, da je menica kot vrednostni papir pisna listina (glej prvi odstavek 212. člena Obligacijskega zakonika, Uradni list RS, št. 83/2001 s sprem., v nadaljevanju: OZ) in da brez predložitve menice (torej listine) ni mogoče zahtevati izpolnitve terjatve oz. pravice, ki iz nje izhaja (glej 37. člen Zakona o menici, Uradni list FLRJ, št. 104/1946 s sprem., in 217. člen OZ). Naročnik lahko torej le na podlagi menice (pisne listine) zahteva (v primeru nastopa unovčitvenega razloga) izplačilo višine finančnega zavarovanja. Povedano drugače, če naročnik ne razpolaga z menico, ne more zahtevati izplačila garantiranega zneska.

To pomeni, da bi morebitna unovčitev (bianco) menice v višini finančnega zavarovanja za sklop, v zvezi s katerim je nastopil razlog za unovčenje finančnega zavarovanja, povzročila, da naročnik z menico kot pisno listino ne bi več razpolagal in torej ne bi razpolagal s finančnim zavarovanjem za resnost ponudbe za preostale sklope, za katere je ponudnik predložil ponudbo in v zvezi s katerimi ni nastopil razlog za unovčenje finančnega zavarovanja. V izogib situaciji, ko bi naročnik zaradi unovčitve finančnega zavarovanja v enem sklopu ostal brez finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v drugih sklopih, je naročnik predvidel, da bo ponudnika pozval na predložitev nove bianco menice. V kolikor bo ponudnik predložil novo bianco menico, bo naročnik eno bianco menico izpolnil in unovčil v višini, ki ustreza višini finančnega zavarovanja za sklop, v katerem je

nastopil razlog za unovčitev finančnega zavarovanja, drugo bianco menico pa bo zadržal kot finančno zavarovanje za preostale sklope, za katere je ponudnik predložil ponudbo. V kolikor ponudnik na podlagi naročnikovega poziva ne bo predložil nove bianco menice, bo naročnik (edino) bianco menico, s katero razpolaga, unovčil za celotni znesek (torej v skupni višini finančnega zavarovanja za vse sklope), ponudniku pa bo razliko oz. znesek, ki presega znesek unovčenja zavarovanja za sklop, v zvezi s katerim je bilo zavarovanje unovčeno, nakazal po poteku roka veljavnosti finančnega zavarovanja.

Upoštevanje navedeno gre ugotoviti, da naročnik ne predvideva predložitve nove (bianco) menice v zavarovanje resnosti ponudbe za sklop, v zvezi s katerim je nastopil unovčitveni razlog, kot to želi prikazati vlagatelj v zahtevku za revizijo, temveč z namenom, da bo razpolagal s finančnim zavarovanjem za resnost ponudbe za ostale sklope. Neutemeljene so tudi navedbe vlagatelja, da naročnik predvideva unovčitev celotnega zavarovanja iz razloga nepredložitve novega zavarovanja. Naročnik je predvidel unovčitev finančnega zavarovanja v skupni višini za vse sklope, za katere bi bila oddana ponudba, če ponudnik, kljub temu, da bi ga naročnik pozval k predložitvi nove (bianco) menice, ne bi predložil nove (bianco) menice, ki bi bila namenjena zavarovanju za resnost ponudbe v preostalih sklopih. V zvezi z navedbami, da si je naročnik s citirano določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pridržal možnost, da zaradi nastopa razloga za unovčitev v enem sklopu unovči zavarovanje za resnost ponudbe v višini, ki presega v četrtem odstavku 6. člena Uredbe predvideno najvišjo dopustno višino finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, gre ugotoviti, da vlagatelj spregleda, da lahko (kot tudi ostali gospodarski subjekti) prepreči morebitno unovčitev menice v višini skupne vrednosti finančnega zavarovanja, saj lahko na podlagi naročnikovega poziva predloži novo bianco menico, ki jo bo naročnik unovčil le v višini finančnega zavarovanja za sklop, v zvezi s katerim je nastopil razlog za njegovo unovčenje. Poleg tega vlagatelj spregleda, da četudi bo naročnik unovčil menico v višini skupne vrednosti finančnega zavarovanja za posamezne sklope, naročnik celotnega zneska ne bo »zadržal«, temveč bo po poteku roka veljavnosti finančnega zavarovanja ponudniku »vrnil« znesek, ki presega znesek finančnega zavarovanja za sklop, v zvezi s katerimi je bilo finančno zavarovanje unovčeno.

Ne glede na vprašanje, ali bi lahko naročnik zahteval, da ponudniki predložijo za vsak sklop bianco menico, gre ugotoviti, da bo lahko vlagatelj (v primeru nastopa razloga za unovčitev) pred unovčenjem predloženega finančnega zavarovanja v skupni vrednosti finančnega zavarovanja za sklope, za katere bo oddal ponudbo, naročniku (na njegov poziv) predložil novo (bianco) menico, s čimer bo dosegel ravno to, za kar se zavzema v zahtevku za revizijo, in sicer, da ponudniki predložijo več bianco menic. Upoštevanje navedeno tudi ni mogoče slediti navedbam vlagatelja, da mu je zaradi sporne določbe, uporabo katere lahko vlagatelj prepreči z lastnim ravnanjem, za katerega se v zahtevku za revizijo zavzema (tj. predložitve več bianco menic), onemogočena oddaja ponudbe.

Upoštevanje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju zahtev, vezanih na finančno zavarovanje za resnost ponudbe, zato je Državna revizijska komisija s tem povezane revizijske navedbe zavrnila kot neutemeljene.

10. Glede popusta na ceno zdravil, ki imajo določeno ceno v CBZ

Vlagatelj zatrjuje, da naročnik zahteva dobavo zdravil (ki imajo določeno ceno v CBZ) po ceni, določeni v CBZ na dan oddaje posameznega naročila, znižani za ponujeni popust na ceno zdravila, ne da bi pri tem določil pravila za primer, da cena s popustom postane veljavna cena. Posledično ni jasno, ali se bo popust obračunal na vsakokrat veljavno ceno zdravila, kar pomeni, da se bo cena stalno nižala. Ponudnik je pripravljen podati popust na trenutno ceno v CBZ, ne pa

na znižano ceno v CBZ. Vlagatelj navaja, da je določba glede dobave zdravil po ceni, določeni v CBZ na dan oddaje posameznega naročila, znižani za ponujeni popust na ceno zdravila, v nasprotju z določbami transparentnosti in sorazmernosti in nedopustno posega v samo merilo.

Naročnik na drugi strani vlagatelju odreka aktivno legitimacijo in pojasnjuje, da je določilo povsem jasno, in sicer bo dobavitelj dobavljal zdravila po ceni, določeni v CBZ na dan oddaje posameznega naročila, znižani za ponujeni popust na ceno zdravila.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila gre ugotoviti, da je naročnik predvidel, da se ekonomsko najugodnejša ponudba v sklopih, katerih predmet so zdravila, ki imajo določeno ceno v CBZ, izbere tudi ob upoštevanju merila »popust na ceno zdravila«, ki ga (lahko) ponudijo ponudniki. Naročnik je glede sklopov z zdravili brez recepta, katerih cena je določena v CBZ, v 6. členu vzorca okvirnega sporazuma določil:

»Dobavitelj dobavlja zdravilo po ceni, določeni v CBZ na dan oddaje posameznega naročila, znižani za ponujeni popust na ceno zdravil«.

Četudi 6. člen vzorca okvirnega sporazuma ne vsebuje pogojev ali zahtev, ki bi jih moral izpolnjevati ponudnik, da bi lahko sodeloval v postopku oddaje javnega naročila oz. da bi dokazal usposobljenost za izvedbo naročila, kot tudi ne vsebuje elementov, ki bi predstavljali merila oz. na podlagi katerih bi naročnik ponudnike razvrščal od najbolj do najmanj ugodnega, Državna revizijska komisija ne more pritrditi naročniku, da ne vpliva na položaj vlagatelja v tem postopku oddaje javnega naročila. Sporna določba se namreč nanaša na enega izmed ključnih elementov bodočega pogodbenega razmerja, tj. po kakšni ceni bodo izbrani ponudniki (v primeru izbire tudi vlagatelj) dobavljali zdravila, kar (lahko) vpliva na odločitev o sodelovanju v postopku javnega naročanja. Poleg tega vlagatelj zatrjuje, da je sporna določba oblikovana nejasno, ponudniki pa morajo biti seznanjeni s tem, kakšne obveznosti bodo morali izpolniti v fazi izvedbe naročila, zato vlagatelju ni mogoče odreči aktivne legitimacije.

Vlagatelj očitkov, da je sporni člen okvirnega sporazuma oblikovan nejasno, ne konkretizira in ne pojasni, v čem naj bi bil sporni člen nejasen in bi zato zahteval dodatna pojasnila. Vlagatelj te očitke konkretizira zgolj z navedbo, da ni jasno, *»ali se bo popust obračunaval na vsakokrat veljavno ceno zdravila«*, pri tem pa ne pojasni, na katere (druge) načine bi bilo mogoče (še) razumeti sporni zapis. Ne glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporni zapis *»Dobavitelj dobavlja zdravilo po ceni, določeni v CBZ na dan oddaje posameznega naročila, znižani za ponujeni popust na ceno zdravil«* ne omogoča različnih interpretacij. Iz citiranega zapisa jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da bodo dobavitelji pri dobavi zdravila obračunali ponujeni popust na veljavno ceno na dan oddaje posameznega naročila. V primeru spremembe veljavne cene zdravila bo dobavitelj pri obračunu upošteval spremenjeno veljavno ceno in bo torej spremenjeno veljavno ceno znižal za ponujeni popust na ceno zdravila. Državna revizijska komisija zato ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da citirana določba ni oblikovana na jasen način.

Vlagatelj zatrjuje tudi, da je citirana določba okvirnega sporazuma oblikovana v nasprotju z načelom sorazmernosti, vendar vlagatelj teh očitkov ni konkretiziral in ni navedel dejstev in okoliščin, da podlagi katerih bi bil mogoč zaključek o naročnikovi kršitvi načela sorazmernosti. Vlagatelj tudi ne pojasni, zakaj bi sporna določba (nedopustno) posegala v merilo za oddajo javnega naročila za sklope z zdravili brez recepta, katerih cena je določena v CBZ – merilo za oddajo javnega naročila teh sklopov je namreč skupna finančna ugodnost, ki predstavlja seštevek popusta na ceno zdravila, določeno v CBZ, in ugodnost na obseg poslovanja. S citirano določbo okvirnega sporazuma se ne spreminja niti višina ponujenega popusta na ceno zdravila, določeno v CBZ niti višina ponujene ugodnosti na obseg poslovanja.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev določb ZJN-3 pri oblikovanju določbe »Dobavitelj dobavlja zdravilo po ceni, določeni v CBZ na dan oddaje posameznega naročila, znižani za ponujeni popust na ceno zdravil«, vsebovane v 6. členu vzorca okvirnega sporazuma.

11. Sklepno

Na podlagi navedenega je Državna revizijska komisija upoštevajoč prvi odstavek 39. člena ZPVPJN ugotovila, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila deloma že sam ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na razdelitev zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, na dva sklopa, ter v delu, ki se nanaša na pogodbeno kazen in popust na predčasna plačila v sklopih z živili, v preostalem delu pa je Državna revizijska komisija zahtevek za revizijo na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zavrnila.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 1. točke izreka tega sklepa.

Vlagatelj zahteva povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015, s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 4.000,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za zahtevek za revizijo v višini 3.000 točk, kar, ob upoštevanju prve točke tar. št. 44 OT, višine točk, kot jih je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj, vrednosti točke in 22% DDV, znaša 2.196,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku (vlagatelj izdatkov v dejanski višini ni specificiral niti izkazal) po tretjem odstavku 11. člena OT v višini 40 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 29,28 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala priglašenega stroška za odvetniške storitve za opredelitev do navedb naročnika (vloga z dne 30. 11. 2022), saj ta v konkretnem primeru ni bil potreben (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Vlagateljeve navedbe v vlogi z dne 30. 11. 2022 niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašenega presežka nad priznanimi stroški za izdatke v pavšalnem znesku po 11. členu OT, saj za njihovo priznanje ni podlage v OT.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 6.225,28 EUR. Ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel delno (v delu, v katerem mu je naročnik konkludentno ugodil), je Državna revizijska komisija odločila, da se mu, v sorazmerju z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na sklope revizijskih očitkov ocenjuje na 1/10, povrne le 1/10 potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, tj. 622,53 EUR (drugi odstavek 154. člen Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 622,53 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 2. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.